XV.

Das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensiv-Bedingung.

Von Herrn Dr. Fr. Eisele,
Gerichtsassessor in Hechingen.

(Schluß des Aufsatzes Nr. XIV. im vorigen Hefte.)

II.

Daß bei conditiones iuris Rückziehung statt finde, hat Fitting bezüglich der Legate behauptet [1]). Er führt dafür an l. 7 §. 5. l. 21 §. 1. l. 22 §. 1. l. 25 §. 1 quando dies leg. (36, 2.) Allein die ersten drei Stellen behandeln lediglich die Transmissionsfrage, und wir stellen in Abrede, daß diese mit der Rückziehung etwas zu thun habe: sie beweisen für die Rückziehung nur unter der (irrigen) Voraussetzung, daß mit Bejahung der Transmission ohne Weiteres auch Rückziehung statuirt werde. Denn es ist in denselben von Rückziehung (abgesehen von der Transmission, in welcher sie stecken soll) nirgends die Rede, vielmehr wird der Nachdruck blos darauf gelegt, daß diese Legate nicht wahrhaft bedingte seien (in l. 22 §. 1 nam pro non scripta ea conditio erit und nam hoc legatum in diem erit, non sub conditione.) In der l. 25 §. 5 cit. aber sagt Papinian zunächst: es sei eine doppelte Auslegung des Legats: heres meus Titio dato, quod mihi Seius (pupillus) debet, möglich. Nach der einen, streng juristischen Interpretation sei das Legat unter

---

1) In dieser Zeitschrift Bd. 39, S. 313 f.

Umständen (si Seius pupillus sine tutoris auctoritate accepisset, nec locupletior factus esset) hinfällig. Für den Fall einer weniger strengen, mehr factischen Auslegung [2]) (wie sie ja bei Legaten öfter vorgezogen wird) wird anerkannt, daß die Verfügung eine conditio iuris enthalte. Es ist deßhalb in der Stelle von einem Zustand der Pendenz (interim nihil Titius petet) die Rede; die Frage nach der Rückziehung aber wird gar nicht behandelt. Als eine, von dem Vorigen ganz verschiedene Frage wird dann die Transmission erörtert, und dabei ist dann wieder der Gesichtspunkt maßgebend, daß eine conditio quae extrinsecus venit (d. i. eben eine cond. iuris) keine wahre Bedingung ist.

Können wir nun auch die von Fitting angezogenen Beweisstellen nicht acceptiren, so ist seine Behauptung nichts desto weniger vollkommen wahr und läßt sich aus den Quellen erweisen. So wird bei einem Legat sowohl der Zustand der Pendenz, als die Rückziehung aufs deutlichste ausgesprochen von Julian in l. 86 §. 2 de leg. I. (30).

Cum servus legatur, et ipsius servi status et omnium, quae personam eius attingunt, in suspenso est. Nam si legatarius repulerit a se legatum, nunquam eius fuisse videbitur; si non repulerit, ex die aditae hereditatis eius intelligitur Secundum hanc regulam et de iure eorum, quae per traditionem servus acceperit aut stipulatus fuerit, deque his, quae legata ei vel donata fuerunt, statuetur, ut vel heredis vel legatarii servus singula gessisse existimetur.

Nur die Rückziehung spricht aus Neratius l. 64 de furtis (47, 2):

A Titio herede homo Seio legatus ante aditam hereditatem Titio furtum fecit; si adita hereditate Seius legatum ad se pertinere voluerit, furti eius servi nomine aget cum eo Titius, quia neque tunc, cum faceret furtum, eius fuit (sc. homo). Aehnlich Pomponius in l. 38 §. 1 de leg. I. (30).)

Wenn ein legirter Sclave irgend welche Erwerbshandlung vornimmt, ehe sich der Legatar über die Annahme des Legats erklärt, so ist es vorläufig ungewiß, wem sein Erwerb zu Gute kommt. Für den Erben ist dieser Erwerb abhängig

---

2) Ueber diese vgl. Puchta, Pand. §. 237, Note h. a. E.

von der conditio iuris, daß der Legatar das Legat ausschlägt; für den Legatar davon, daß er das Legat annimmt.[3]) Da der Erwerb des Sclaven rechtlich irgendwie qualificirt sein muß, so tritt in jedem Fall Rückziehung ein. Ebenso: wenn ein legirter Erbschafts-Sclave den Erben bestiehlt, so ist es für die Möglichkeit der actio furti conditio iuris, daß der Legatar das Legat annimmt; der Sclave ist dann niemals Eigenthum des Erben gewesen.[4])

Auch für das Accrescenzrecht wird bei Legaten die Rückziehung aufs unzweideutigste ausgesprochen in l. 17 §. 1 ad leg. Aquil. (9, 2) von Ulpian:

> Si coniunctim duobus legetur Stichus, et alter eorum occisum repudiaverit, puto coniunctum solum posse Aquilia agere: quia retro accrevisse dominium ei videtur. Vgl. l. 34. l. 36 pr. ib.

Zu bemerken ist indeß, daß in allen angeführten Stellen die conditio iuris nicht ausgesprochen ist. Ist dies der Fall, so wird, in Folge der bei letztwilligen Verfügungen üblichen sorgfältigen Berücksichtigung der Willensmeinung des Testators, angenommen, der Testator habe durch das (andernfalls überflüssige) Aussprechen der conditio iuris auch etwas bezwecken wollen: das nämlich, das Legat zu einem wirklich bedingten zu machen. Dies besagt l. 65 §. 1 de leg. I. (30)

> „Illi, si volet, Stichum do" conditionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit; quamvis alias quod sine adiectione „si volet" legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur. Aliud est enim iuris, si quid tacite continetur, aliud, si verbis exprimatur.

---

3) Die Differenz der Ausdrücke non repellere in l. 86 §. 2 c. und ad se pertinere velle in l. 64 c. beruht auf der von Gai. II. §. 95 berichteten Controverse der Sabinianer (Julian, Pomponius) und Proculianer (Neratius). Vgl. auch Fitting in diesem Archiv Bd. 42, S. 158.

4) So wendet die Sache der Proculianer Neratius, der bei seiner Ansicht, daß die legirte Sache interim res nullius sei (Gai. II. 200), den Diebstahl schon als ante aditam hereditatem vorgefallen setzen kann. Ein Sabinianer, der zwar das Legat rückwärts dem Legatare zuspricht, aber die Rückziehung nur bis zum Zeitpunkt des Erbschaftsantritts erstreckt (l. 86 §. 2 cit.), würde den von Neratius vorgelegten Fall anders entscheiden müssen.

Allein es bedarf wohl keiner weiteren Ausführung, daß diese, auf einem ganz anderen Gesichtspunkt beruhende abweichende Behandlung der von uns aufgestellten Regel keinen Abbruch thut.

Da wir aber oben die Rückziehung als Regel bei conditiones iuris ganz allgemein entwickelt haben, so ist dieselbe auch in dieser Allgemeinheit, und nicht blos für Legate, aus den Quellen nachzuweisen; und in der That ist kein Mangel an Stellen, welche unsere Regel in Bezug auf die verschiedensten Rechtsverhältnisse bestätigen.

So ist in dem Kauf einer zukünftigen Sache die conditio iuris enthalten: wenn die gekaufte Sache wirklich zur Existenz kommt. Ist dies der Fall, so findet Rückziehung statt nach der l. 8 pr. de contrah. emt. (18, 1) von Pomponius:

> Nec emtio, nec venditio sine re quae veneat potest intelligi. Et tamen fructus et partus futuri recte emuntur, ut, cum editus esset partus, iam tunc, quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur.

Wenn ein Haussohn über sein peculium castrense nicht testirt, so fällt dasselbe nach dessen Tod als gewöhnliches peculium an den Vater. Hat nun der Vater schon bei Lebzeiten des Sohnes über einen zu dessen peculium castrense gehörigen Gegenstand letztwillig verfügt, so ist die Rechtsgültigkeit dieser Verfügung von der cond. iuris abhängig, daß der Sohn als intestatus stirbt. Tritt dies ein, so findet Rückziehung statt laut l. 44 pr. de leg. I. (30) (von Ulpian):

> Servum filii sui, castrensis peculii, legare pater potest: et si vivo patre mortuus sit filius, et apud patrem peculium remansit, constitit legatum. Cum enim filius iure suo non utitur, retro creditur pater dominium in servo peculiari habuisse.
> Vgl. auch l. 98 §. 3 de solut. (46, 3) von Paulus.

Wenn ferner der Sohn eines in Gefangenschaft gerathenen pater familias stipulirt, oder sich tradiren läßt, so hängt es zunächst in der Schwebe, für wen der Erwerb gemacht ist. Stirbt der Vater in der Gefangenschaft, so wird jener Erwerb rückwärts als eigener des Haussohnes betrachtet; denn der Tod des Vaters in der Gefangenschaft war conditio iuris hiefür. Ebenso, nur umgekehrt im entgegengesetzten Fall. Ausgesprochen ist

dies mehrfach, z. B. in l. 22 §. 2 de captiv. et postlim. (49, 15):

Quod si filius eius, qui in hostium potestate est, accipit aut stipulatur: id, patre prius quam postliminio rediret mortuo, ipsi adquisitum intelligitur, et si vivo patre decesserit, ad heredem patris pertinebit: nam status hominum, quorum patres in hostium potestate sunt, in pendenti est: reverso quidem patre existimatur nunquam suae potestatis fuisse; mortuo tunc paterfamilias fuisse, cum pater eius in hostium potestatem perveniret Vgl. l. 16 ib. und bezüglich des Sclavenerwerbs unter gleichen Verhältnissen §. 3 d. l. 22.

Deutlich wird Pendenz und Rückziehung ferner hervorgehoben bei dem Erwerb eines Sclaven, der Gegenstand eines Nießbrauchs ist, in l. 25 §. 1 de usufr. (7, 1):

Interdum tamen in pendenti est, cui adquirat iste fructuarius servus: utputa si servum emit et per traditionem accepit, necdum pretium numeravit, sed tantum modo pro eo fecit satis; interim cuius sit, quaeritur. Et Iulianus lib. 35 Digestorum scripsit, in pendenti esse dominium eius, et numerationem pretii declaraturam, cuius sit. Nam si ex re fructuarii, retro fructuarii fuisse. Idemque est, et si forte stipulatus sit servus, numeraturus pecuniam; nam numeratio declarabit, cui sit adquisita stipulatio. Vgl. ferner l. 18 §. 3 in f. de stip. serv. (45, 3) und l. 70 §. 1 de usufr. (7, 1).

Die angeführten Stellen enthalten unstreitig nur conditiones iuris, und möchten genügen, die von uns aufgestellte Regel als mit den Quellen übereinstimmend darzuthun. Es gibt aber noch mehrere Stellen, welche, obwohl sie auch von conditiones iuris handeln, doch mit mehr oder weniger Schein als Beweisstellen für die rückwirkende Kraft der wahren Bedingung benützt worden sind. Indem wir dieselben besprechen, werden wir nicht nur weitere Beweise für unsere Regel erbringen, sondern auch die unter Nr. I. erfolgte Aufgabe in Beziehung auf die conditiones iuris vervollständigen.

Es gehört hierher l. 15 de reb. dub. (34, 6), welche von Sell wiederholt[5]) als Beweis für die rückwirkende Kraft der Bedingung angeführt wird. Die Anfangsworte der Stelle:

---

5) Ueber bedingte Traditionen S. 109 (wo die Stelle ganz ausgeschrieben ist), 145 u. 158.

Quaedam sunt, in quibus res dubia est, sed ex postfacto retroducitur, et apparet quid actum est,

wird man schon von vornherein, wenn man sich die Ausdrücke der oben angeführten Stellen vergegenwärtigt, geneigt sein, auf conditiones iuris zu beziehen. Was aber folgt, läßt nicht den mindesten Zweifel übrig, daß diese Beziehung die richtige ist. Marcian fährt nämlich unmittelbar so fort:

Ut ecce, si res legata fuerit et deliberante legatario eam rem heres alii tradiderit; nam si quidem voluerit legatarius habere legatum, traditio nulla est, si vero repudiaverit, valet Tantundem est et si pecuniam hereditariam legatam crediderit heres; nam si quidem non repudiaverit legatarius, alienam pecuniam credidit; si vero repudiaverit, suam pecuniam credidisse videtur.

Es bedarf eigentlich keiner Bemerkung, daß von einer wahren Bedingung hier überall nicht die Rede ist, daß vielmehr das Ausschlagen des (unbedingten) Legats Seitens des Legatars conditio iuris ist für die Rechtsbeständigkeit der von dem Erben getroffenen (gleichfalls unbedingten) Dispositionen.

Mit etwas mehr Schein wird von Sell[6]) zu dem gleichen Zweck benutzt l. 8 de reb. cred. (12, 1). Sie lautet:

Proinde mutui datio interdum pendet, ut ex postfacto confirmetur. Veluti si dem tibi mutuos nummos, ut, si conditio aliqua extiterit, tui fiant sisque mihi obligatus; item si legatam pecuniam heres crediderit, deinde legatarius eam noluit ad se pertinere; quia heredis ex die aditae hereditatis videntur nummi fuisse, ut credita pecunia peti possit. Nam Iulianus ait, et traditiones ab herede factas ad id tempus redigi, quo hereditas adita fuerit, cum repudiatum sit legatum aut adpositum.

Zunächst ist klar, daß der mit dem Worte item beginnende Theil der Stelle ganz desselben Inhalts ist mit der eben angeführten l. 15 de reb. dub.[7]) Nun will aber Sell in den

6) A. a. O. S. 107 f.

7) Windscheid in dem cit. Programm S. 14 bemerkt dazu: „Wenn Pomponius im zweiten Fall das letztere (nämlich Rückziehung) annimmt, so hat das seinen guten Grund darin, daß in demselben, wenn überhaupt ein Darlehen bestehen soll, dasselbe von Anfang an bestanden haben muß, da das Geld ohne alle weitere Hinzufügung gegeben war." Er begnügt sich also mit dem praktischen Grund, den Pomponius mit den Worten: ut credita pecunia peti possit andeutet.

vorangehenden Worten der Stelle deßhalb die rückwirkende Kraft ausgesprochen finden, weil das zweite, ohne Zweifel eine Rückziehung enthaltende Beispiel mit item angeschlossen wird. Allein Pomponius, von dem die Stelle herrührt, hat im Eingange derselben solche Worte gewählt, daß das item, das sich doch auf sie bezieht, für die Rückwirkung durchaus nicht entscheidet. Es findet nämlich sowohl bei der eigentlichen Bedingung, als bei der conditio iuris, sowohl eine Pendenz, als eine confirmatio durch ein späteres Ereigniß Statt, nur letztere in verschiedener Weise. Im Uebrigen aber sind die beiden proponirten Fälle, wie auch schon Vangerow mit Recht bemerkt hat[8]), so verschieden von einander, „daß es schlechthin unzulässig erscheint, das, was der Jurist am Schluß der Stelle lediglich von dem zweiten Falle sagt, auch auf den ersten, auf die mutui datio sub conditione, beziehen zu wollen." Es läßt sich aber außerdem aus den Worten der Stelle ersehen, daß Pomponius selbst die confirmatio in verschiedener Weise gedacht hat. Das tui fiant im ersten Fall will doch etwas Anderes sagen, als das videntur fuisse im zweiten. Das erstere entspricht vollkommen der Nichtrückwirkung[9]), während das zweite die Rückwirkung ebensogut bezeichnet wie das iam tunc venditio facta intelligitur in l. 8 pr. de contr emt. von demselben Pomponius, oder die andern, in den obigen Stellen gewählten Wendungen.

Mehr Schwierigkeiten macht der erste Satz der l. 16 de sol. (46, 3) von Pomponius:[10])

Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur iam olim liberatus.

---

8) Pand. I. p. 146 a. E. u. 147.

9) Belege dafür, daß dies keine Wortklauberei, sondern eine auf einem genauen, und sich ziemlich gleichbleibenden Sprachgebrauch beruhende Unterscheidung ist (wovon auch Fitting Rückziehung S. 78 f. Gebrauch gemacht hat) finden sich unten unter Nr. III.

10) Diese Stelle wird überall zum Beweis für die rückwirkende Kraft der Bedingung gebraucht; z. B. von Sell a. a. O. S. 145, Puchta und Arndts an den Note 65 angegebenen Stellen ihrer Pandekten; Vangerow Pand. I. p. 142 in f. flg., Römer a. a. O. S. 79 u. S. 76 ff. Note 2.

Darüber ist kein Streit, daß die acceptilatio eine unbedingte ist, und da das Eintreten der der obligatio beigefügten Bedingung zugleich conditio iuris für die Rechtsbeständigkeit der acceptilatio ist, andrerseits Pomponius die Rückziehung nur statuirt für das unter der conditio iuris stehende Geschäft, nicht für das eigentlich bedingte (sofern er sagt: intelligitur iam olim liberatus und nicht: intelligitur iam olim debitor fuisse), so stimmt die Stelle sowohl nach Inhalt, als nach dem zur Bezeichnung der Rückziehung gewählten Ausdruck aufs vollkommenste überein mit den bisher angeführten, eine conditio iuris enthaltenden Stellen[11]. Wir könnten daher zugeben, daß die l. 16 cit. „unwiderleglich die Rückwirkung beweise"[12], aber durch den Zusatz: „jedoch nur für das unter einer conditio iuris stehende Geschäft" die Benützung dieser Stelle für die Rückwirkung eigentlicher Bedingungen ablehnen. Nun argumentiren aber die Gegner so: „Die acceptilatio setzt wesentlich eine Forderung voraus, um überhaupt wirksam zu sein, also gilt auch die Forderung als schon früher, d. h. im Moment des Abschlusses des bedingten Geschäfts entstanden".[13] Der Vordersatz dieser Argumentation ist vollständig richtig;[14] soll aber der Nachsatz mit logischer Nothwendigkeit aus demselben folgen, so müßte der Vordersatz so heißen: die acceptilatio setzt voraus: daß im Moment, wo sie erfolgt, eine vollwirksame Obligatio vorhanden sei. Mit anderen Worten: Soll unsere Stelle für die Rückwirkung der eigentlichen Bedingung beweisen, so muß die Unmöglichkeit

11) Vgl. besonders l. 8 pr. de contr. emt. cit., welche ja gleichfalls von Pomponius herrührt.

12) Römer a. a. O. S. 79, Anmerk. Die Rückziehung überhaupt aus dieser Stelle wegzuinterpretiren, dürfte auch Windscheid (cit. Programm S. 14 f. und Heidelb. krit. Zeitschr. IV. 45) nicht gelungen sein.

13) Worte Römer's a. a. O, S. 76, Note 2.

14) Mehr sagt auch Papinian in l. 77 de R. I. (50, 17) nicht: . . . nam si acceptum feratur ei, qui sub conditione promisit, ita demum egisse aliquid acceptilatio intelligitur, si obligationis conditio exstiterit.

der **Anticipation** der **acceptilatio** allererst als feststehend vorausgesetzt werden.

Wenn wir nun unsrerseits sagten: die l. 16 cit. beweise gerade die Möglichkeit einer solchen Anticipation, so wäre das wieder nur unter Voraussetzung der Nichtrückwirkung richtig, und es würde dann eine petitio principii der andern gegenüberstehen. Wir hoffen aber, unsere Behauptung noch anderweitig stützen zu können.

In l. 21 de accept. (46, 4) sagt **Venulejus**:

Si sub conditione legatum mihi datum novandi causa stipulatus sum, et ante existentem conditionem acceptum fecero: Nerva filius ait, etiam si conditio extiterit, neque ex testamento competituram actionem, quia novatio facta sit; neque ex stipulatu, quae acceptilatione soluta sit.

Nun ist ziemlich allgemein anerkannt[15]), daß bei bedingten Legaten keinerlei Rückwirkung statt findet; gleichwohl wird hier ausgesprochen, daß die acceptilatio rückwärts (soluta sit) confirmirt wird, daß also acceptilatio als Früheres und Obligatio als Späteres (eine Art juristisches ὕστερον πρότερον) zeitlich auseinanderliegen können. Es kommt also für die Rechtsgültigkeit der acceptilatio nur darauf an, daß eine obligatio von voller Wirksamkeit besteht, nicht darauf, **wann** sie entsteht. Dies folgt auch unwiderleglich aus l. 12 de acceptil. von demselben Verfasser, wie unsre l. 16 de sol., nämlich von **Pomponius**:

Quod in diem vel sub conditione debetur, acceptilatione tolli potest; sed **ita id factum apparebit, si conditio stipulationis extiterit, vel dies venerit.**

Wir finden hier bezüglich einer betagten Obligatio ganz dieselbe Redeweise, wie bei einer bedingten; es wird aber doch wohl selbst der eifrigste Vertheidiger der Rückwirkung nicht behaupten, daß der dies rückwirkende Kraft äußere. Auch damit kann man das Gewicht dieser Stelle nicht entkräften, daß man etwa sagt, bei der betagten Obligation liege die Sache insofern anders, als sie schon jetzt vollständig existent sei. Hätte **Pom-**

15) Schon von **Balduinus** de conditionibus (Heineccii Iurispr. Rom. et Att. tom. I.) cap. 13, p. 377; vgl. **Fitting**, Rückziehung S. 34 ff. (und einverstanden v. **Scheurl**, krit. Ueberschau V. S. 29 ff.); **Vangerow**, Pand. I. S. 149, Nr. 4. **Puchta**, Pand. §. 539.

ponius die Sache so angesehen, so mußte er einfach sagen: eine bedingte Obligatio könne durch acceptilatio aufgehoben werden, ohne weitern Zusatz. Die vollständige Gleichstellung der betagten und bedingten Obligatio zeigt aber, daß die Schwierigkeit darin liegt, daß die Acceptilation zu einer Zeit erklärt wird, wo der Gläubiger noch nicht zu fordern berechtigt ist. Dies ist sowohl bei der bedingten als bei der betagten Obligatio der Fall; und die Schwierigkeit wird dadurch für beide beseitigt, daß das Moment der Zeit (wie überhaupt bei der Rückziehung der conditiones iuris) für indifferent erkärt und das entscheidende Gewicht darauf gelegt wird, daß es mit den betreffenden Obligationen einmal so weit kommt, daß daraus gefordert werden kann. Die Hereinziehung der rückwirkenden Kraft der Bedingung ist also bei bedingten Obligationen ein mindestens ganz überflüssiger, bei betagten aber natürlich ein völlig unzulässiger Behelf.

Schließlich möchte ich nochmals auf die Uebereinstimmung unserer l. 16 de solut. mit den früher angeführten Stellen, die eine Rückziehung wegen conditio iuris aussprechen, verweisen. Ein Kauf hat doch gewiß einen Gegenstand, der gekauft werden soll, ebenso nothwendig zur Voraussetzung, wie die acceptilatio eine Obligatio. Wenn nun Pomponius in der oben angeführten l. 8 pr. de contr. emt. über den Kauf zukünftiger Sachen sagt, daß, wenn die Sache zur Existenz komme, iam tunc, quum contractum esset negotium, venditio facta intelligatur: fällt es da Jemanden ein, zu behaupten, der partus oder fructus habe rückwärts bis zum Contractsabschluß existirt? Warum will man also die l. 16 de solut. durchaus nur unter Voraussetzung der rückwirkenden Kraft der eigentlichen Bedingung begreiflich finden?

Es bleibt noch zu betrachten l. 11 §. 1 qui pot. (20, 4), welche Gaius zum Verfasser hat und von jeher von allen Vertheidigern der Rückwirkung (die Glosse voran) als eine Hauptstütze ihrer Lehre angeführt wird. Die Stelle lautet:

Videamus, an idem dicendum sit, si, sub conditione stipulatione facta, hypotheca data sit, qua pendente alius credidit pure, et ac-

cepit eandem hypothecam, tunc deinde prioris stipulationis existat conditio; ut potior sit, qui postea credidisset? Sed vereor, num hic aliud sit dicendum. Cum enim semel conditio extitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset; quod et melius est.

Zunächst müssen wir uns gegen die Auffassung verwahren, als ob hier von einem bedingten Pfandrechte die Rede wäre[16]). Der Einwand Sell's[17]), daß die Bedingung beim Pfandvertrag zwar nicht ausgedrückt, aber in demselben, sofern ein Pfandrecht ohne Forderung nicht bestehen könne, stillschweigend enthalten sei, ist an sich sehr richtig, aber ebenso irrelevant, denn es wird damit ja zugegeben, daß eine wahre Bedingung (und um diese handelt es sich) dem Pfandvertrag nicht beigefügt sei[18]).

Wir haben also eine unbedingte Hypothek für eine bedingte obligatio. Für das Pfandrecht ist das Dasein einer Forderung conditio iuris; im gegebenen Fall ist also der Eintritt der der obligatio beigefügten, eigentlichen conditio zugleich conditio iuris für das unbedingt gegebene Pfandrecht. Nach Allem, was wir bisher über conditiones iuris angeführt haben, muß daher, wenn jene Bedingung eintritt, das Pfandrecht rückwärts bis zur Zeit seiner Bestellung confirmirt werden. Nicht anders lautet die Entscheidung des Gaius, die sich also in vollkommenem Einklang sowohl mit der von uns im ersten Abschnitt aufgestellten Regel, als auch mit den bis jetzt von uns besprochenen, conditiones iuris enthaltenden Stellen

---

16) Merkwürdiger Weise findet sich diese Ungenauigkeit bei einem Manne wie Savigny, Syst. III. p. 151: „Ebenso wird die Priorität eines bedingungsweise gegebenen Pfandrechts nicht nach der Zeit der Erfüllung, sondern nach der Zeit des Pfandvertrags bestimmt" und dazu als Citat Note c: l. 9 §. 1. l. 11 §. 1. tit. all. — Desgleichen bei Vangerow a. a. O., S. 148, Nr. 3.

17) A. a. O., S. 112. 114.

18) Die römischen Juristen scheiden das (und Aehnliches) genau, so Marcian in l. 13 §. 5 de pignor. et hyp. (20, 1): „si, sub conditione debiti nomine, obligata sit hypotheca" und darauf „sed si praesens sit debitum, hypotheca vero sub conditione; ferner l. 14 pr. § 1 de novat. (46, 2), l. 19 de hered. vel act. vend. (18, 4), l. 19 pr. §. 1 de pec. const. (13, 5).

befindet. Sollten nun die Worte: „Cum enim semel“ u. s. w. plötzlich etwas Neues, Widersprechendes enthalten? Vielleicht doch nicht.

Es kommt auf die Beziehung der Worte perinde habetur an. Bezieht man sie auf die Stipulatio, so enthalten die Worte cum enim etc. die Entscheidungsgründe zu der in den Worten Sed vereor-dicendum nur angedeuteten Entscheidung; ich räume dann ein, daß Gaius bei bedingten Stipulationen der erfüllten Suspensivbedingung rückwirkende Kraft beilege.[19]) Nun sehe ich aber nicht ein, was im Wege steht, jene Worte auf die hypotheca zu beziehen: „Wenn nämlich die Bedingung erst einmal eingetreten ist, so wird es mit dem Pfandrecht ebenso gehalten, wie wenn die Stipulation“ u. s. w. Damit ist aber dann offenbar keine Rückziehung für die obligatio ausgesprochen, sondern es wird nur gesagt, die Hypothek datire so gut vom Tage ihrer Bestellung an, wie wenn sie für eine unbedingte Obligatio bestellt wäre. Die Worte cum enim etc. enthalten dann keine Entscheidungsgründe, sondern nur eine Erläuterung des in den Worten Sed vereor-dicendum, zudem in zweifelhafter Weise, nur Angedeuteten.

Für diese, an sich gewiß mögliche, Auffassung sich zu entscheiden, dürfte zwar schon das bestimmend sein, daß auf diese Weise nicht blos die Entscheidung des Gaius, sondern auch die von ihm beigegebene Erläuterung im besten Einklang bleibt mit den bisher angeführten Quellenstellen. Es kommt aber hinzu l. 9 §. 2 qui pot. In §. 1 leg. cit. hatte Africanus bezüglich der Priorität eines für eine bedingte Forderung bestellten Pfandrechts ganz dieselbe Entscheidung ausgesprochen, wie Gaius in der l. 11 §. 1 cit. Er fährt dann fort:

§. 2. Sed et si heres ob ea legata, quae sub conditione data erant, de pignore rei suae convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum extitit: hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit.

19) Nicht weniger, aber auch nicht mehr. Für das römische Recht würde ich doch an der vertheidigten Theorie der Nichtrückwirkung festhalten zu müssen glauben.

Hier kann man die Entscheidung unmöglich in der Art begründen, wie dies Gaius nach der herrschenden Meinung in der l. 11 §. 1 cit. gethan haben soll;[20] denn bei Legaten hat die Bedingung anerkanntermaßen keine rückwirkende Kraft. Nach unserer Auffassung ist hier wie dort der Eintritt der (dem Legat resp. der obligatio beigefügten) eigentlichen Bedingung zugleich conditio iuris für das Pfandrecht; beim Eintritt derselben erfolgt die Rückziehung des letztern in Uebereinstimmung mit allen bisher besprochenen Quellenstellen.[21]

Aber dann existirt ja das Pfandrecht vor der Forderung?[22] Allerdings. Aber das ist noch nicht gleichbedeutend mit „es

---

20) Sell, a. a. O., S. 114 steht allerdings nicht an, bezüglich l. 9 §. 2 und l. 11 §. 1 cit. zu versichern: „Der einzige wahre Grund für das Zurückziehen des Pfandes in beiden Digestenstellen bleibt also die rückwirkende Kraft der eingetretenen Suspensivbedingung." Wie dies dann mit andern Stellen, die der Bedingung bei Legaten die Rückziehung offenbar absprechen (vgl. unten III. Nr. 3) zu vereinigen sei, sagt Sell nicht.

21) v. Scheurl meint (Krit. Ueberschau V. S. 31): es könne der Billigkeit entsprechen, (tuendum eum), daß die Priorität der Verpfändung ein Vorzugsrecht bewirke, obwohl das früher bestellte Pfandrecht erst nach dem später gegebenen zur Entstehung komme. Gewiß läßt sich die Sache so construiren, daß man sagt, durch die unbedingte Pfandbestellung habe der Schuldner implicite seinen Willen dahin ausgesprochen, daß dies Pfandrecht, wenn es zur Wirksamkeit komme, einem später bestellten vorgehen solle (vgl. Ulpian in l. 14 §. 1 de novat. bezüglich unbedingter Novation einer bedingten Forderung: licet pura stipulatio aliquid egisse videatur); allein dies ist eben nicht die Construction unserer Stellen, welche den Grund der Priorität vielmehr in das höhere Alter setzen, wie sich aus Vergleichung von l. 11 §. 1 mit l. 9 §. 1 h. t. (auch in letzter Stelle heißt es tuendum eum putabat) ergibt.

22) Fitting, welcher sich (Rückziehung S. 41 f.) dagegen verwahrt, daß man die l. 9 §. 2 cit. als Beweis für die Rückziehung bei Legaten benutze, spricht sich über das Verhältniß des accessorischen Rechts zum Hauptrecht S. 42 folgendermaßen aus: „Bezüglich der Entstehung geht nach der Anschauung des römischen Rechts ein solches accessorisches Recht seinen selbstständigen Weg, und die Entstehung des Hauptanspruchs ist für dasselbe keineswegs eine conditio iuris, d. h. ein objectives Erforderniß, vor dem es nicht gedacht werden könnte, sondern vielmehr eine gewöhnliche — wenngleich vielleicht stillschweigend anzunehmende — Bedingung oder gar blos Voraussetzung (im Sinne Windscheid's). Tritt

existirt ein Pfandrecht ohne Forderung"; das Zeitmoment wird nur wieder als indifferent betrachtet, worüber ich mich, unter wiederholter Erinnerung an l. 8 pr. de contrah. emt., der Kürze halber auf das zu l. 16 de solut. Gesagte beziehe. Wollte man in den zuletzt angeführten Fällen (l. 16 de sol. und folgende) das unter der conditio iuris stehende Geschäft erst von der Zeit datiren, in welcher die conditio erfüllt wird, so wäre dies nur unter Nichtbeachtung des subjectiven Willens, der eben schon damals unbedingt gewollt hat, möglich. Dies zeigt sich in einer Stelle von Ulpian, in welcher derselbe bezüglich der (unbedingten) Novation einer bedingten Obligatio die zuletzt angeführte Behandlungsweise vorzieht; es ist dies l. 14 §. 1 de novat. (46, 2):

> Sed si quod sub conditione debetur, pure quis novandi causa stipulatur: nec nunc quidem statim novat, licet pura stipulatio aliquid egisse videatur; sed tunc novabit, cum extiterit conditio.[23])

---

also diese Bedingung ein, d. h. kommt der Hauptanspruch später zur Entstehung, so findet wie bei andern Bedingungen eine Rückziehung statt" ꝛc. Daß eine Bedingung ex mente contrahentium anzunehmen ist, kann für ihren sonstigen Charakter nicht von Erheblichkeit sein; ist das von den Parteien als Bedingung gedachte Ereigniß für die Wirksamkeit ihres Willens Kraft der Rechtsregel bestimmend, so haben wir eine conditio iuris, andernfalls nicht; und jenes Ereigniß ist conditio iuris, gleichviel ob es als Bedingung ausdrücklich gesetzt ist oder nicht. Soll die Entstehung der Forderung für das Pfandrecht eine gewöhnliche (also doch wohl eigentliche) Bedingung sein, so müßte Fitting nicht nur sagen: „das accessorische Recht kann vor dem Hauptanspruch sein", womit blos die Nothwendigkeit des Zusammenfallens beider in der Zeit geleugnet wird; sondern er müßte, um den Parteien zur Setzung einer wahren Bedingung freien Raum zu verschaffen, die Nothwendigkeit einer begrifflichen Coexistenz beider leugnen, und sagen: „Das accessorische Recht kann ohne den Hauptanspruch bestehen", was dann freilich so viel hieße, als „das accessorische Recht ist kein accessorisches Recht."

23) Vgl. l. 13 §. 9 de accept. von Ulpian, bes. non tamen reus antiquiore acceptilatione, quam obligatio eius est, liberari potuit. Dies vgl. mit l. 16 de sol. l. 12 de accept. beweist, daß man die Abweichung der l. 14 § 1 de novat. nicht aus der eigenthümlichen Natur der Novation abzuleiten, sondern auf die individuelle Ansicht Ulpian's zurückzuführen hat.

Die Worte zwar „nec nunc quidem statim novat“ könnten an sich (freilich nicht im ganzen Zusammenhang) allenfalls auf den Zustand des Schwebens bis zum Eintritt der Bedingung bezogen werden und würden dann der Auffassung und Redeweise der oben angeführten Stellen entsprechen. Anders ist dies mit den Worten sed tunc novabit u. s. w., statt welcher z. B. Pomponius (vgl. l. 16 de solut.) gesagt haben würde: sed ita id factum apparebit, si extiterit conditio. Daß aber bei dieser, dem Ulpian eigenthümlichen Behandlungsweise dem subjectiven Willen gewissermaßen Gewalt angethan wird, ist von Ulpian selbst in den Worten „licet pura stipulatio aliquid egisse videatur“ deutlich anerkannt. Mit unserer Theorie über die conditiones iuris läßt sich die singuläre Ansicht Ulpian's nicht vereinigen; für das aber, worauf es uns hauptsächlich ankommt, kann sie nicht nur keinen Einwand begründen, sondern sie ist dafür eine gewichtige Stütze: Ulpian konnte zu seiner abweichenden Meinung offenbar nur dadurch veranlaßt werden, daß ihm die gewöhnliche, oben dargelegte Behandlungsweise der conditiones iuris mit dem Princip der Nichtrückwirkung der wahren und eigentlichen Bedingung nicht vereinbar schien.

Dagegen gibt es eine Ausnahme von der von uns bezüglich der conditiones iuris aufgestellten Regel, welche sich indeß aus der Begründung der Regel selbst herleiten läßt, und insofern nicht als wahre Ausnahme, sondern mehr als Grenze derselben erscheint.

Wenn nämlich das Ereigniß, welches conditio iuris für ein Rechtsgeschäft ist, ohne den Willen des einen der Contrahenten nicht zu Stande kommen kann, so tritt bei Erfüllung einer solchen conditio iuris keine Rückziehung ein. Für eine auf Seiten des debitor potestative Bedingung ist dies ausgesprochen in l. 11 pr. qui pot. (20, 4):

Potior est in pignore, qui prius credidit pecuniam et accepit hypothecam, quamvis cum alio ante convenerat, ut si ab eo pecuniam acceperit, sit res obligata; licet ab hoc postea accepit. Poterat enim, licet ante convenit, non accipere ab eo pecuniam.

Ebenso in l. 9 §. 1 eod., l. 4 quae res pign. (20, 3).

Der innere Grund dieser Abweichung scheint mir folgender zu sein. Der Grund der Rückziehung bei conditiones iuris wurde oben darin gefunden, daß der an und für sich unbedingte subjective Wille in Folge eines später eintretenden Ereignisses die Sanction des allgemeinen Willens, der Rechtsregel, erhält. In den in Frage stehenden Fällen nun ist jenes confirmirende Ereigniß wiederum von dem subjectiven Willen (und zwar gleichviel, ob des Schuldners oder des Gläubigers) abhängig; der allgemeine Wille tritt hinter den individuellen zurück, der letztere behält gewissermaßen seine Bestätigung sich selbst vor. Wollte man hier Rückziehung statuiren, so würde die inelegantia iuris eintreten, daß der eine oder andere Theil früher berechtigt, resp. verpflichtet würde, als er gewollt hat.

Hiernach haben wir zwei Abweichungen von der herrschenden Theorie [24]) bezüglich der sog. Potestativbedingungen zu vertreten. Die erste ist die, daß wir eine abweichende Behandlung der Potestativbedingungen nur annehmen, sofern sie conditiones iuris sind; soweit sie als wahre Bedingungen nicht rückwirken, folgen sie nur der allgemeinen Regel. Die Richtigkeit unserer Ansicht dürfte sich daraus ergeben, daß die oben angeführten Stellen, welche gewöhnlich zur Bestätigung der herrschenden Theorie angeführt werden, in der That keine eigentlichen, sondern conditiones iuris enthalten. Es handelt sich nämlich überall um die Nichtrückziehung bei dem Pfandrecht: für dieses aber ist das accipere pecuniam (l. 4 u. l. 11 pr. cit.) oder jede andere der obligatio selbst beigefügte potestative Bedingung (l. 9. §. 1 cit.) keine wahre Bedingung, sondern eine conditio iuris.

Die zweite von uns zu vertheidigende Abweichung ist die, daß wir sowohl bei einer für den Schuldner als für den Gläubiger (resp. Berechtigten) potestativen conditio iuris die Rückziehung verneinen, während die gewöhnliche Meinung, sei

24) Savigny, System III. S. 151 f. Puchta, Pand. §. 61 a. E. Arndts, §. 71 a. E. Vangerow I., S. 145, e.

es stillschweigend,[25]) sei es ausdrücklich,[26]) bei den für den Berechtigten potestativen Bedingungen Rückziehung annimmt. Wir berufen uns für unsere Ansicht auf l. 8 §. 2 de novat. (46, 2):

Si quis ita stipulatus a Seio sit: quod a Titio stipulatus fuero, dare spondes? an si postea a Titio stipulatus sim, fiat novatio solusque teneatur Seius? Et ait Celsus, novationem fieri (si modo id actum sit, ut novetur, id est, ut Seius debeat quod Titius promisit); nam eodem tempore et impleri prioris stipulationis conditionem et novari ait.

Die Novation steht hier unter der, lediglich von dem Willen des Gläubigers abhängigen conditio iuris, daß derselbe von Titius stipuliren wird; daß keine Rückziehung statt finde, ist in den Schlußworten deutlich gesagt (eodem tempore .... novari). Man kann gegen die Beweiskraft der Stelle nicht einwenden, Ulpian, von dem sie herrührt, leugne auch bei andern conditiones iuris die Rückziehung (oben l. 14 §. 1 de novat.); denn gerade die entscheidenden Worte werden als Ansicht des Celsus referirt. Ueberdies sagt aber Julian, gewiß ein in dieser Beziehung einwandfreier Zeuge (vgl. oben l. 86 §. 2 de leg. I.), in l. 11 de opt. vel. elect. leg. (33, 5):

Si Eros Seio legatus sit et Eroti fundus, deinde optio servi Maevio data fuerit isque Erotem optavit, fundus ad solum Seium pertinebit; quoniam aditae hereditatis tempore is solus erit, ad quem posset legatum pertinere.

Wenn optio oder electio eines Sclaven legirt ist, so ist jeder einzelne der zur Erbschaft gehörigen Sclaven unter der conditio iuris, daß die Wahl des Legatars auf ihn falle, legirt [27]). Diese Bedingung kann ohne den Willen des Le=

---

25) Wie die in der vorigen Anmerkung genannten Schriftsteller, sofern sie alle ausdrücklich nur von solchen Bedingungen reden, die ohne den Willen des Schuldners nicht erfüllt werden können.

26) Wie Götting in der cit. Abh. S. 311 f. Sein einziges Argument ist das Wort debitoris in l. 9 §. 1 cit., als ob irgend ein zwingender Grund vorhanden wäre, in jener Stelle dies Wort (als Gegensatz von creditoris) besonders zu betonen.

27) Vgl. Gaius in l. 3 qui et a quib. manum. (40, 9): **Nam optione sive electione servi data, quodammodo singuli sub conditione**

gatars, also des **Berechtigten**, nicht eintreten. Nun aber wird in unserer Stelle nach Eintritt der Bedingung die Rückziehung bis zur Zeit des Erbschaftsantritts verneint, und eben darum der dem Eros legirte fundus dem Sejus zugesprochen.

Mit der vorigen Stelle steht übrigens nicht im Widerspruch l. 14 eod., wo ungeachtet der optio servi Rückziehung statuirt wird:

> Si, quum optio servi ex universa familia legata esset, heres aliquem prius quam optaretur manumisit, ad libertatem eum interim non perducit; servum tamen quem ita manumiserit amittit: quia is aut electus legato cedit, aut relictus tunc liber ostenditur.[28])

Denn hier ist der Herr derjenige, der ein Recht verliert, der Sclave der, welcher eventuell eines erwirbt; der Legatar ist dritte Person, und sein Nichtwählen des freigelassenen Sclaven ist reine (d. h. weder für den Sclaven noch für den Herrn potestative) conditio iuris für die Gültigkeit der Freilassung; daher der Regel gemäß Rückziehung.

III.

Wir haben nun noch den positiven Quellenbeweis dafür zu erbringen, daß nach Erfüllung einer eigentlichen und wahren Suspensivbedingung im römischen Recht keine Rückwirkung eintritt. Dieser Beweis wird um so überzeugender ausfallen, je mehr es uns im Vorhergehenden gelungen, die Hinfälligkeit

---

legati videntur. Daß Gajus dabei keine eigentliche Bedingung meint, deutet er durch quodam modo an. Bezüglich der Transmission wurde sie freilich als eigentliche Bedingung behandelt: §. 23 I. de leg. (II. 20)

28) Hiermit steht wiederum nicht im Widerspruch l. 29 §. 1 qui et a quib. man. (40, 9): Sub conditione servus legatus pendente conditione pleno iure heredis est, sed nullam libertatem ab eo consequi potest, ne legatario iniuria fieret. Hier ist ein individuell bestimmter Sclave unter einer wahren Bedingung legirt, welcher durch den fortwirkenden Willen des Testators in ea causa ist, daß er bei eintretender Bedingung Eigenthum des Legatars wird. Diese causa aber, die der Erbe schon vorfindet, macht eine Freilassung unmöglich, weil letztere nach Anschauung der Römer auf widerrufliche Weise nicht geschehen kann. Vgl. l. 83 §. 5 med. de V. O. (45, 1) und Fitting, Rückziehung, S. 80 ff., bes. S. 82 f.

der für die Rückwirkung bisher geltend gemachten Beweise darzuthun. Eine vollständige Aufzählung aller Stellen, welche sich etwa als Beweismittel gegen die Rückwirkung benutzen lassen, wird nicht beabsichtigt; da wir vielmehr, wie zu Anfang dieses Abschnitts bemerkt, den negativen Theil unserer Aufgabe als den wichtigern betrachten, so werden wir nur solche Stellen hervorheben, deren Beweiskraft für die Rückwirkung entweder angefochten, oder noch nicht genügend betont worden ist. Was nun

1) die Obligationen betrifft, so ist schon oben bei Besprechung der l. 14 §. 1 de novat. hervorgehoben worden, daß für die eigenthümliche Art, in welcher dort Ulpian die Novation einer bedingten Obligatio behandelt, sich kein anderer Grund denken läßt, als der, daß ihm Rückziehung der unter einer conditio iuris stehenden Novation mit der Nichtrückziehung einer im eigentlichen Sinne bedingten Obligatio nicht vereinbar schien.

Eine weitere Stelle ist l. 31 de V. O. (45, 1):

> Si rem meam sub conditione stipuler, utilis est stipulatio, si conditionis existentis tempore mea non sit.

Diese Entscheidung wäre bei der Annahme der Rückziehung offenbar unmöglich, und es zeigt sich hier deutlich, daß Aussprüche, wie: in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus (l. 78 de V. O.) oder: ex praesenti vires accipit stipulatio (l. 26 de stip. serv.) keineswegs in der Allgemeinheit, in welcher sie außerhalb ihres Zusammenhangs erscheinen, aufgefaßt werden dürfen.

Die Beweiskraft unserer Stelle hat Götting[29]) dadurch zu beseitigen versucht, daß er die Worte „si conditionis existentis tempore mea non sit" nicht als das von dem Juristen für die Gültigkeit der erwähnten Stipulation aufgestellte Erforderniß, sondern als den Inhalt der von dem Stipulator beigefügten, im Eingang der Stelle erwähnten Bedingung ansieht. Dies ist schon sprachlich kaum möglich, wie eine unbe-

29) In der cit. Abhandlung S. 279. Götting's Ansicht wird auch von Vangerow verworfen, a. a. O. S. 145, d.

fangene Betrachtung der Stelle sofort ergibt. Aber auch sachlich nicht. Wenn Titius so stipulirt: Stichum, si conditionis existentis tempore meus non est, dare spondes? — und so würde er nach Götting's Auffassung stipulirt haben —, so würde ja die beigefügte conditio auf die Erfüllungszeit einer andern conditio, die aber nach Götting nicht beigefügt sein soll, Bezug nehmen! Die Unhaltbarkeit dieser Ansicht ergibt sich aber auch aus l. 61 de contr. emt. (18, 1):[30])

Existimo, posse me id quod meum est, sub conditione emere; quia forte speratur, meum esse desinere.

Hier ist jene Ausflucht doch offenbar unmöglich.

Ferner richtet sich die Aestimatio bei einer bedingten Stipulation nach dem Werthe der Sache zur Zeit der Erfüllung der Bedingung: l. 59 de V. O. (45, 1):

Quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit, tunc enim ab eo peti potest.

Was Julian noch hinzufügt: „alioquin rei captio erit" ist eine nachdrückliche Verwerfung der entgegengesetzten, mit der Rückwirkung allein vereinbaren Ansicht, daß die Schätzung den Werth zur Zeit des Contractsabschlusses zu Grunde legen müsse.

Bei einem bedingten Kauf hat der Untergang der verkauften Sache während des Schwebens der Bedingung die Aufhebung des Geschäfts zur Folge, was bekanntlich bei einem unbedingten Kauf sich anders verhält. Diese mit der Theorie der rückwirkenden Kraft durchaus im Widerspruch stehende Regel ist klar ausgesprochen in l. 10 §. 5 de I. D. (23, 3):

. . . nam cum sit conditionalis venditio, pendente autem conditione mors contingens exstinguat venditionem, consequens est cet.

und in l. 8 pr. de peric. et comm. (18, 6) welche, so weit sie hier in Betracht kommt, nach der Vulgata[31]) also lautet:

---

30) Vgl. auch l. 41 §. 2 de leg. I. (30), l. 98 de V. O. (45, 1).

31) In der Florentina fehlen die Worte: Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio. Den Untergang der Sache einfach zu subintelligiren (den Text der Florentina also für vollständig zu halten) ist nicht möglich, ohne den Paulus einer großen Nachlässig-

Quod si pendente conditione res tradita sit, emtor non poterit eam usucapere pro emtore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt. Plane si pendente conditione res interierit, perimitur emtio, sicuti stipulationes et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit.[32])

---

keit in der Diction zu beschuldigen; er hätte dann das Entscheidende nur nebenbei und hinterher berührt. Muß man nun aber eine Lücke annehmen — welche sich bei dem dreimaligen si pendente conditione res aus einem lapsus des Abschreibers leicht erklären läßt — so ist die Ausfüllung derselben nach der Vulgata gewiß richtiger, als die Haloander'sche. Haloander schließt nämlich an venditoris sunt unmittelbar an: si pendente conditione res fuerit extincta; perimitur enim emtio, sicuti u. s. w. Diese Ergänzung scheint mir aus sprachlichen und sachlichen Gründen zu verwerfen. Aus sprachlichen Gründen, weil dann die thatsächlichen Momente des Falles (si pendente conditione res tradita sit et perierit) in ungeschickter Weise auseinandergerissen, und die entschiedenen Rechtsfragen mitten in das Referat des Falls hineingestellt sind. Aus sachlichen Gründen, weil doch wohl nicht anzunehmen ist, Paulus habe es für nöthig gehalten, es auszusprechen, daß eine untergegangene Sache nicht usucapirt werden könne. Alle diese Uebelstände werden durch die Lesart der Vulgata vermieden; sie hat außerdem den Vorzug, daß dadurch die Disposition der ganzen Stelle außerordentlich lichtvoll wird. Paulus behandelt nämlich, nach Erledigung der Perfectionsfrage, den bedingten Kauf, und handelt 1) von der deficirenden, 2) von der erfüllten, 3) von der schwebenden Bedingung. Unter dem dritten Punkt behandelt er wiederum drei Fragen, wie es nämlich gehalten wird, wenn während der Pendenz a) einer der Contrahenten stirbt, b) die Sache tradirt ist, c) die Sache zu Grunde geht. Für die Vulgata entscheidet sich denn auch Cujacius, commentar. ad lib. XXXIII. Pauli ad edict., ad l. cit. (opera ed. Neapol. 1758 tom. 5 p. 513).

32) Die Beweiskraft dieser Stelle für die vorangeschickte Regel hat meines Wissens nur Götting in der cit. Abhandlung S. 329 angefochten; seine Einwendungen sind indeß „völlig grundlos", wie Vangerow (Pand. III. §. 591, V. a. E.) mit Recht bemerkt. Götting sagt über den von Paulus behandelten Kauf: „Dieser, wäre er unbedingt geschlossen, würde nicht durch den Untergang des Objects aufgelöst. Wie sollte die hinzugefügte Bedingung bei ihrer rückwirkenden Kraft (handgreifliche petitio principii!) die Auflösung zu bewirken im Stande sein, wenn nicht ein positives Gesetz dies ausdrücklich und deutlich verordnet?" Nun soll aber in unsrer Stelle nicht einmal dieses positive Gesetz enthalten sein, weil die Bedingung als später ausgefallen zu denken sei. Dem widerspricht aber die Anordnung der Stelle vollständig, man mag eine Lesart wählen, welche man will.

Was die Früchte der Zwischenzeit in unseren und ähnlichen Fällen betrifft, so werden sie zwar noch vielfach[33]) für den Fall des Eintritts der Bedingung dem bedingt Berechtigten zugesprochen; es ist indessen anerkannt, daß diese Ansicht auch nicht durch eine einzige Quellenstelle gestützt wird.[34]) Unsere Stelle beweist aber gerade das Gegentheil. Indirect insofern, als sie dem Tradenten pendente conditione, also gleichviel ob die Bedingung nachher deficirt oder eintritt (oder richtiger: gerade für den Fall, daß die Bedingung eintritt; denn nur in diesem Fall könnte die Sache zweifelhaft sein) das periculum interitus auflegt: nach dem bekannten Axiom: cuius est periculum, eius debet esse et commodum. Direct aber nach der Lesart der Vulgata. Nach dieser kann bei fructus medii temporis, da einerseits vom Untergang der Sache pendente conditione erst im folgenden Satze gehandelt wird, andrerseits beim Deficiren der Bedingung ein medium tempus gar nicht in Betracht kommt, eben nur an die Zwischenzeit bis zur Erfüllung der Bedingung gedacht werden.[35])

Außerdem verdient aber auch Folgendes Beachtung. Bei bedingten Legaten ist es außer allem Zweifel, daß die Früchte

---

33) Sehr vorsichtig, aber auch sehr unbestimmt, drückt sich Savigny aus (Syst. III. S. 152, 2): „Ob die Früchte, welche in der Zwischenzeit entstanden sind, mit der Sache selbst herausgegeben werden müssen, ist streitig; consequenterweise muß im Allgemeinen diese Frage bejaht werden" u. s. w.

34) Sell a. a. O. S. 148 f. führt allerdings l. 12 §. 2. fam. herc. (10, 2) an; allein es ist schon zur Genüge von Götting l. c. S. 296 und Vangerow I. S. 144 dargethan, daß Sell's Auffassung der Worte „cum sua scilicet causa," auf welche sich die Beweiskraft der ganzen Stelle reduciren würde, eine völlig mißverständliche ist. Daß übrigens Sell seine Meinung mit der l. 8. pr. cit. für vereinbar hält, ist mir nicht weniger unbegreiflich, wie die Vereinbarkeit der Behauptungen Sell's bezüglich des sub conditione Empfangenden: a. a. O. S. 40 und S. 144, oben Note 28 des ersten Abschnitts.

35) Dann enthält unsere Stelle zugleich die Widerlegung der Ansicht Vangerow's (a. a. O. S. 145, 4), daß in dem Fall, wo der Promissar sogleich auch in den Besitz der unter einer Bedingung versprochenen Sache gesetzt werde, derselbe auch ausnahmsweise Anspruch auf den Fruchtgenuß haben soll.

der legirten Sache bis zum Eintritt der Bedingung dem Erben gehören. Soll nun das Recht nicht zuletzt ein Conglomerat willkürlicher Satzungen werden, so müßte doch von den Verfechtern jener anerkannt beweislosen, und lediglich aus dem Dogma von der Rückwirkung abgeleiteten Regel irgend ein innerer Grund für die abweichende Behandlung der Legate in dieser Beziehung angeführt werden. Savigny erläutert so:[36]) „Man nimmt nämlich an, daß der Testator die Bedingung zugleich als Zeitbestimmung gedacht habe.“ Allein dies ist erstens nicht quellenmäßig zu erweisen,[37]) und zweitens ist es keine Begründung, sondern nur eine Umschreibung des zu begründenden Satzes; denn man frägt sogleich weiter, worin der Grund und die Berechtigung jener Annahme liege?

2) Bedingte Pfandrechte sollen nach einer ganz allgemeinen Ansicht von dem Tag ihrer Bestellung datiren, und zwar, weil sie in Folge der rückwirkenden Kraft der Bedingung von diesem Zeitpunkt an zur Existenz kommen. Für diesen Satz führt man theils Quellenstellen an, die in Wahrheit gar nicht von einem bedingten Pfandrecht im eigentlichen Sinne, sondern von einem für eine bedingte oder zukünftige Forderung bestellten, also mit einer conditio iuris behafteten Pfandrecht handeln;[38]) oder man stützt den Satz überhaupt nicht durch Quellenstellen.[39]) Wir wären also einer unbegründeten Be-

36) A. a. O., S. 153, Nr. 5.

37) Savigny citirt zwar a. a. O. Note h: **L. 22 pr. quando dies (36, 2) „. . . per conditionem tempus demonstratur.“** Liest man aber die ganze Stelle, so zeigt sich sofort, daß dies nur von der in jener Stelle besprochenen speciellen Bedingung, nicht von Bedingungen bei Legaten im Allgemeinen, gesagt wird.

38) So Savigny und Vangerow, oben Note 16; Arndts Pand. S. 559, Note c. allegirt: **arg. l. 9 §. 1 qui pot. l. 3 quib. mod. pign. solv. (20, 6), l. 12 §. 2 qui pot. (20, 4).** Auch die beiden letzteren Stellen handeln entfernt nicht von einem bedingten Pfandrecht.

39) Puchta Pand. §. 210, Nr. 3. Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte S. 118. Windscheid Pand. I. S. 638, Nr. 1, welcher übrigens den Satz weder auf die rückwirkende Kraft der Bedingung zurückführt, noch die frühere Datirung als Folge der früheren Existenz auffaßt.

hauptung eine blose Verneinung entgegenzusetzen wohl befugt. Indessen wird in einer unseres Wissens unbenutzt gebliebenen Stelle[40]) für ein bedingtes Pfandrecht die Rückziehung verneint, nämlich in l. 12 §. 8 qui pot. (20, 4) von Marcian:

A Titio mutuatus pactus est cum illo, ut ei praedium suum pignori hypothecaeve esset; deinde mutuatus est pecuniam a Maevio, et pactus est cum eo, ut, si Titio desierit praedium teneri, ei teneatur; tertius deinde aliquis dat mutuam pecuniam tibi, ut Titio solveres, et paciscitur tecum, ut idem praedium ei pignori hypothecaeve sit, et locum eius subeat: num hic medius tertio potior est, qui pactus est, ut, Titio soluta pecunia, impleatur conditio, et tertius de sua negligentia queri debeat? Sed tamen et hic tertius creditor secundo praeferendus est.

In den rationes dubitandi dieser Stelle (num hic u. s. w.) wird zwar angedeutet, daß man die erfüllte Bedingung zurückziehen könnte (vielleicht hat die Analogie der beim Pfandrecht ungleich häufigeren conditiones iuris vorgeschwebt); die Entscheidung fällt aber entgegengesetzt aus. Der Grund dafür wird eben in der Nichtrückwirkung zu suchen sein, da das pactum mit dem tertius creditor, daß er nach Bezahlung des Titius in dessen Stelle einrücken solle, die Rechte des Mävius unmöglich alteriren kann.

3) Bei Legaten wird die Nichtrückwirkung nur bezüglich der Früchte bis zum Eintritt der Bedingung allgemein angenommen. In anderer Beziehung ist sie daher noch zu vertheidigen. Da sagt nun kurz und bündig Gaius l. 20 §. 1 qui et a quib. manum. (40, 9):

Sub conditione servus legatus pendente conditione pleno iure heredis est.[41])

Hier ist so deutlich als möglich die eine der beiden von Sell[42]) für möglich erachteten Arten, den schwankenden Zustand während der Pendenz zu einem festen zu machen, angewendet, und zwar diejenige, welche Sell für das römische Recht

40) Auch in der citirten Monographie von Regelsberger kommt sie nicht vor.

41) So Gajus der Sabinianer; die diversae scholae auctores hielten die Sache für res nullius. Gai. II. 200.

42) S. oben zu Anfang des ersten Abschnitts.

verwirft. Gleichwohl soll hinsichtlich solcher vom Erben vorgenommener Dispositionen, welche dem Rechte des Legatars widersprechen, die eingetretene Bedingung zurückgezogen werden.[43]) Das wäre also in der Art zu denken, daß sich beim Eintritt der Bedingung zeigt, daß der Legatar von Anfang an Eigenthümer, und also die Verfügung des Erben nichtig war. Würden die römischen Juristen die Sache so ansehen, so wären sie mit Gajus im Widerspruch; allein sie reden nirgends von Vernichtung der Dispositionen des Erben ex tunc,[44]) sondern nur von einem Aufhören ihrer Wirkungen ex nunc.

Daher kann z. B. der Erbe an einer Sache, deren Nießbrauch unter einer Bedingung legirt ist, pendente conditione gültig einen anderweitigen Nießbrauch bestellen, welcher beim Eintritt jener Bedingung allerdings aufhört, aber nicht als ein in Wahrheit nicht dagewesener aufgezeigt wird: l. 16 quib. mod. ususfr. am. (7, 4):

Si sub conditione mihi legatus sit ususfructus, medioque tempore sit penes heredem, potest heres usumfructum alii legare. Quae res facit, ut, si conditio exstiterit mei legati, ususfructus ab herede[45]) relictus finiatur.

Eine bedingt legirte Sache kann vom Erben vindicirt werden; denn das Eigenthum ist bei ihm, und geht nach Erfüllung der Bedingung von ihm auf den Legatar blos über: l. 66 de R. V. (6, 1):

Non ideo minus recte quid nostrum esse vindicabimus, quod abire a nobis dominium speratur, si conditio legati vel libertatis exstiterit.

Deswegen gehört eine bedingt legirte Sache auch bis zum Eintritt der Bedingung zur Erbschaftsmasse: l. 12 §. 2 fam. herc. (10, 2):

Res quae sub conditione legata est, interim heredum est, et ideo venit in familiae herciscundae iudicium, et adiudicari potest: cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo cui adiudicata est.

---

43) Z. B. Götting, a. a. O., S. 313, Anm. ***.

44) Dies geschieht erst durch Justinian, worüber weiter unten.

45) Damit ist hier natürlich nicht, wie gewöhnlich bei dieser Verbindung mit ab, der Onerirte, sondern der (zweite) Testator gemeint.

Auch mit einer Servitut kann der Erbe einen bedingt legirten fundus belasten, unter derselben Einschränkung: l. 105 de C. et D. (35, 1):

Si fundum a testatore sub conditione legatum heres alii pendente conditione legavit, post existentem conditionem, quae priori testamento praeposita fuerat, neque proprietas a priori legatario recedit, nec locum religiosum in eo fundo heres facere, nec servitutem imponere poterit; sed et imposita servitus[46]) finietur existente conditione.

Die Berechtigung, in den gewählten Ausdrücken (finiri, abire, eximi) einen Beweis für die Nichtrückziehung zu sehen — wozu sie schon Fitting[47]) benutzt hat — beruht nicht allein auf der wörtlichen Bedeutung derselben und auf einer seltenen Gleichförmigkeit des Sprachgebrauchs,[48]) besonders im Gegensatze zu den Wendungen, welchen wir in eben so constanter Weise oben bei den conditiones iuris begegnet sind; sondern sie stellt sich geradezu als eine Verpflichtung dar, wenn man Stellen betrachtet wie die folgende: l. 12 §. 5 de ususfr. (7, 1):

. . . . Marcellus autem movetur eo, quod si postea fructus istos nactus fuerit fructuarius fortassis fiant eius. Nam si fiunt, qua ratione hoc evenit, nisi ea, ut interim fierent proprietarii, mox apprehensi fructuarii efficientur: exemplo rei sub conditione legatae, quae interim heredis est, existente autem conditione ad legatarium transit?[49])

Wenn es aber als durchaus mit den Quellen unvereinbar

---

46) Nämlich auferlegt vor Eintritt der Bedingung; während im Vorigen an die Zeit nach dem Eintritt der Bedingung, aber etwa vor der Besitzergreifung durch den Legatar, gedacht ist.

47) Rückziehung, S. 64 ff.

48) Man vgl. etwa noch: l. 11 §. 1 quemadm. serv. (8, 6): exstinguentur, l. 14 pr. de cond. furt. (13, 1): eius esse desiit von Legaten; l. 13 §. 1 de pign. et hyp. (20, 1): evanescat pignus (an einem statu liber). Vgl auch l. 10 §. 4 de I. D. (23, 3), wo gleichfalls Rückziehung geleugnet wird: fit vera venditio.

49) Vgl. l. 4 §. 3 de in diem add. (18, 2): . . . . rem pignori esse desinere . . . ex quo colligitur, quod emtor medio tempore dominus esset, alioquin nec pignus teneret. Merkwürdig genug wird sowohl diese, als die l. 105 de C. et D. cit. für die Rückwirkung schlechthin citirt bei Puchta a. a. O., Note t und Arndts §. 70, Note 3.

erscheint, die ex post eintretende Hinfälligkeit der vom Erben pendente conditione vorgenommenen Dispositionen von der Rückziehung der Bedingung herzuleiten: wie ist sie dann zu erklären?

In allen angeführten Stellen ist vorausgesetzt, daß die legirte Sache im Eigenthum des Erblassers war; und als Wirkung des Legats ist überall die gedacht, daß nach Eintritt der Bedingung die Sache, ohne weiteres Zuthun des Erben, in das Eigenthum des Legatars übergeht. Voraussetzung und Wirkung zeigen nun (zufolge Gajus II. §§. 194—196) daß alle diese Stellen vom legatum per vindicationem gemeint sind. Bei diesem aber ergreift der Wille des Testators — wie sich das auch in der, den Erben ganz ignorirenden Form zeigt — die Sache selbst; was immer er über dieselbe verfügt, wird (nach dem bekannten uti legassit etc. ita ius esto) zur rechtlichen Qualification der Sache selbst, die sonach früher da ist, als jede Verfügung, die der Erbe darüber treffen möchte. So auch bei dem bedingten Legat; es ist eine rechtliche Qualität der Sache, bei Eintritt des bestimmten Falles Eigenthum des Legatars zu werden; diese Qualität ist in l. 12 §. 2 fam. herc. cit. mit den Worten: „cum sua scilicet causa" gemeint.[50]) Möglich ist nun, daß man früher jede Verfügung des Erben, welche nach Eintritt der Bedingung mit dem Rechte des Legatars collidirt haben würde, als unvereinbar mit jener Qualität der bedingt legirten Sache, für a priori unzuläßig erachtete, und daß man von dieser Strenge in demselben Maße nachließ, als man sich nach und nach für die Zuläßigkeit der Resolutivbedingung entschied. Gewiß aber ist, daß man zur Zeit der klassischen Juristen solche Zwischenverfügungen, die an sich einen (bestimmten oder unbestimmten) Endtermin zuließen, auch dem Erben bezüglich einer bedingt legirten Sache gestattete; sie verloren mit dem Augenblick ihre Wirksamkeit, wo die Bedingung des Legats eintrat. Nur solche Verfüg-

---

50) Cf. Ulp. fragm. tit. II. §. 3: Statuliber sive alienetur ab herede, sive usucapiatur ab aliquo, libertatis conditionem secum trahit.

ungen, die an sich nicht auf Zeit getroffen werden können, werden eben darum mit jener causa rei legatae von vornherein für unvereinbar gehalten. Als solche Geschäfte erscheinen aber die Freilassung eines Sclaven, und die Constituirung eines Platzes als locus religiosus. Zwar kann der Freie wieder Sclav, die Begräbnißstätte wieder profan werden, auf solche Eventualitäten aber zu rechnen (und das müßte man eben um jener causa willen), würde die Achtung vor der Freiheit, die Pietät gegen die Todten verletzen.[51])

Justinian hat nun in l. 3 §. 3 C. comm. de leg. (6, 43) — ob aus Veranlassung der eben besprochenen beiden Singularitäten, muß dahin gestellt bleiben — verordnet, daß alle Zwischenverfügungen des Erben bei Eintritt der Bedingung des Legats rückwärts ungültig werden sollen:

Sin autem sub conditione vel sub incerta die fuerit relictum legatum . . . melius quidem faciet (sc. heres), si et in his casibus caveat ab omni venditione vel hypotheca, ne se gravioribus oneribus evictionis nomine supponat. Sin autem avaritiae cupidine propter spem conditionis minime implendae ad venditionem vel hypothecam prosiluerit: sciat, quod conditione impleta ab initio causa in irritum devocetur, et sic intelligenda est, quasi nec scripta nec penitus fuerit celebrata.

Hiermit aber hat Justinian weder bezüglich der Wirkung der Bedingungen überhaupt, noch auch nur bezüglich der Bedingungen bei Legaten eine Aenderung treffen wollen, wie sich deutlich daraus ergibt, daß bezüglich der Früchte der Zwischenzeit das alte Recht geblieben ist. Die Verordnung Justinian's braucht auch gar nicht so aufgefaßt zu werden, als ob er für jenen speciellen Fall der einem Legate beigefügten Bedingung rückwirkende Kraft beigelegt hätte. Er hat vielmehr die Wirksamkeit der oben besprochenen causa rei sub conditione legatae in der Art intensiver gemacht, daß, während

51) Vgl. l. 83 §. 5 de V. O. (45, 1) und oben Note 28, nebst den dort citirten Ausführungen Fitting's. Aus dem im Text angegebenen Grunde wird denn auch am Schlusse der oben citirten l. 105 de C. et D. (35, 1) der (rechtlich nicht mögliche) Fall der Constituirung eines locus religiosus auf einem bedingt legirten fundus Seitens des Erben pendente conditione nicht behandelt, obgleich es der Parallelismus zu fordern scheint.

früher von dem Eintritt oder Nichteintritt der conditio legati nur die Dauer der von dem Erben in der Zwischenzeit eingeräumtem Rechte abhing, jetzt der Nichteintritt jener Bedingung für die Gültigkeit dieser Rechte conditio iuris ist; womit sich dann die Rückziehung der von uns aufgestellten Regel aufs Beste unterordnet. [52])

Bei der bedingten Erbeinsetzung muß zufolge v. Savigny [53]) die Frage, ob die erfüllte Bedingung zurückzuziehen sei, „in jeder denkbaren Beziehung bejaht werden, und zwar schon aus dem Grunde, weil jeder Verstorbene von dem Augenblick seines Todes an beerbt sein muß, so daß das Recht des Erben zwar lange Zeit ungewiß sein kann, sobald es aber gewiß ist, auf die Todeszeit zurückbezogen werden muß." Schon die von Savigny beigefügte Motivirung zeigt, daß man zur Erklärung der angegebenen Erscheinung der rückwirkenden Kraft zum mindesten entrathen kann; denn jene Motivirung genügt für sich selbst, ohne Herbeiziehung der Vorstellung von der rückwirkenden Kraft der Bedingung.

Es läßt sich aber auch positiv zeigen, daß jene Rückwirkung nicht der Kraft der Bedingung zugeschrieben werden kann, und folglich lediglich in der Natur des Erbrechts — was aber hier nicht näher zu erörtern ist — ihren Grund haben muß. Die Einwürfe Windscheid's [54]) zwar, hergenommen aus der Nichttransmission, wenn der Eingesetzte vor Eintritt der Bedingung stirbt, sowie aus dem Satz, daß der Sohn (resp. Sclave), wenn er vor Eintritt der Bedingung sui iuris (resp. frei) wird, die Erbschaft für sich, und nicht für den Gewalthaber erwirbt: diese Einwürfe können wir nicht für stichhaltig erachten, weil nach unsern obigen Ausführungen diese Regeln mit der Rückziehung nicht im Zusammenhang stehen. Vielmehr ist für uns Folgendes entscheidend. Eine

52) Folge der Justinianischen Neuerung ist aber doch die inelegantia iuris, daß das Recht des Erben auf die Früchte der Zwischenzeit ein unbedingtes geblieben ist, sein Recht aber auf die Sache selbst (und folgeweise die Gültigkeit seiner Verfügungen darüber) unter der erwähnten conditio iuris steht und also pendirt.

53) A. a. O. S. 152, Nr. 3.

54) Cit. Programm S. 23.

der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung afficirt zunächst den Willen des Testators. Sein Ruf, die Delation, ist es, welche in Folge dessen zunächst pendirt; das Recht des Erben ist erst per consequens in der Schwebe. Hätte nun die **Bedingung** bei Erbeinsetzungen rückwirkende Kraft, so müßte sich diese vor Allem auf dem Punkt zeigen, auf welchem die Bedingung zunächst und unmittelbar ihre suspendirende Wirkung geäußert hat. Es müßte also bei Eintritt der Bedingung vor Allem die **Delation auf den** Zeitpunkt zurückgezogen werden, in welchem die bedingte Willenserklärung des Testators als geschehen gedacht wird, nämlich auf den Zeitpunkt seines Todes; folgerichtig müßten, wenn für die Wirksamkeit der Delation gewisse Qualitäten in der Person des Berufenen gefordert werden, jene Qualitäten zur Zeit des Todes des Testators vorhanden sein. Von alle dem ist aber das Gegentheil Rechtens; jene Qualitäten müssen bei einer bedingten Erbeinsetzung zur Zeit der Erfüllung der Bedingung, und brauchen nicht zur Zeit des Todes des Testators vorhanden zu sein; zufolge l. 59 §. 4 de hered. inst. (28, 5):

> Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est: heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, **aut, si sub conditione** heres institutus est. quo tempore conditio existit.[55])

Der Schluß hiervon rückwärts ergibt sich von selbst.

Bevor wir schließen, möge es uns gestattet sein, noch einige bisher wenig beachtete Stellen, welche unsre Meinung mehr oder weniger direct unterstützen, zu besprechen.

1) Wir haben im ersten Abschnitt das Verwandtschaftsverhältniß von dies und conditio aus innern Gründen dahin angegeben, daß die conditio in dem Augenblick, wo sie erfüllt werde, sich mit dem dies qui venit indifferenzire. Diese Anschauung prägt sich auch aus in der Sprache der römischen Juristen, die auch auf diesem Punkt als der treue und adäquate Ausdruck des Wesens der Sache erscheint. Einmal so, daß, wo es sich um die Vollwirksamkeit des Rechts (um das

55) Vgl. l. 49 §. 1 eod., die Worte: medio autem tempore inter factum testamentum **et mortem testatoris vel conditionem institutionis existentem.**

petere posse) handelt — und gerade nur für diesen Zeitpunkt haben wir die Indifferenz behauptet — das conditio extitit und dies venit gleichgestellt werden. Oder genauer, sie werden (gedanklich) unterschieden, aber mittelst der Partikel, welche die objective Indifferenz recht eigentlich bezeichnet: nämlich mittelst der Partikel vel. So in l. 12 de accept. (46, 4) . . . sed ita id factum apparebit, si conditio stipulationis extiterit vel dies venerit; in l. 16 pr. de her. pet. (5, 3): cum dies venerit vel conditio extiterit. Dann aber auch so, daß statt conditio extitit auch einfach gesagt wird: dies venit; wie z. B. in l. 59 de V. O. (45, 1):

Quotiens in diem vel sub conditione oleum quis stipulatur, eius aestimationem eo tempore spectari oportet, quo dies obligationis venit, tunc enim ab eo peti potest. Alioquin rei captio erit;

Ferner in l. 16 pr. de H. P. (5, 3):

. . . spectandum, an dies venerit. Quod et in stipulatione conditionali dicendum erit.

2) Wenn es in l. 1 pr. de donat. (39, 6) heißt:

Dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, quum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub conditione est,

so kann man die angegebene Rechtswirkung, welche genau die ist, welche wir für den Fall der Erfüllung der Bedingung annehmen, allerdings aus dem Willen der Parteien ableiten; der Jurist konnte aber, falls er für die erfüllte Bedingung Rückziehung annahm, ein solches Geschäft nicht ohne jeden weitern Zusatz als donatio sub conditione bezeichnen.

3) Dagegen muß diejenige Rechtswirkung, welche die Vertheidiger der Rückziehung als bei dem Eintritt der Bedingung sich von selbst ergebend annehmen, ausdrücklich verabredet sein: l. 126 pr. de V. O. (45, 1):

Si ita stipulatus fuero: „si Titius consul factus fuerit, tunc ex hac die in annos singulos dena dare spondes?“ post triennium conditione existente, triginta peti poterunt.

Und weit entfernt, diese Behandlung auch sonst, als mit der vermuthlichen Absicht der Parteien übereinstimmend, eintreten zu lassen, zweifelte man vielmehr daran, ob selbst in dem Fall, wo die Rückwirkung ausdrücklich als Wille der

Parteien ausgesprochen war,[56]) eine solche Abrede rechtliche Wirkung habe: l. 64 de V. O. (45, 1):

Huiusmodi stipulatio interposita est: „si Titius consul factus fuerit, tum ex hac die in annos singulos dena dari spondes?“ Post triennium conditio extitit: an huius temporis nomine agi possit, non immerito dubitabitur.

Wie konnte Africanus den Zweifel einen nicht unbegründeten nennen, wenn der beabsichtigte Erfolg schon ohne das ausdrückliche ex hac die eingetreten wäre? Hätte er der Theorie von der Rückwirkung gehuldigt, so hätte er die Sache für völlig unbedenklich und nur etwa das ex hac die als ganz überflüssig bezeichnen müssen.[57]) Er wendet aber im Gegentheil die Sache so, daß sie, soweit es hier möglich, dem Grundsatz der Nichtrückwirkung nahe gebracht wird, indem er fortfährt:

Respondit, eam stipulationem utilem esse ita, ut in ea eorum quoque annorum, qui ante impletam conditionem intercesserint, praestatio in id tempus collata intelligatur, ut sententia eius sit talis: tunc, cum Titius consul factus fuerit, in annos singulos, etiam praeteriti temporis habita ratione, dena praestentur.

Aus der Betrachtung der angeführten Stellen dürfte sich ergeben, daß unsre Quellen sich über die Frage der Rückziehung der wahren Suspensivbedingung mit aller wünschenswerthen Klarheit und Uebereinstimmung äußern. Wir wissen, daß auf verschiedenen Punkten der Lehre von den Bedingungen: bezüglich der Zulässigkeit derselben, des Uebergangs bedingter

---

56) Daß in der vorigen, sowie in der folgenden Stelle die Rückwirkung lediglich auf dem ausdrücklich erklärten Willen der Parteien beruht, ignorirt Sell völlig; er findet (a. a. O. S. 147) „in beiden Stellen die rückwirkende Kraft der erfüllten Suspensivbedingung bei dem Versprechen jährlich wiederkehrender Prästationen unzweifelhaft anerkannt.“

57) Daß überflüssige Cautelen auch schon früher nicht für juristische Feinheiten galten, zeigt Cic. de invent. II. 41, 120 a. E. „amentiam igitur fuisse, quum heredi vellet cavere, id adscribere, quo non adscripto nihilominus heredi caveretur“ sowie der letzte erhaltene Satz der Rede pro Rosc. com.

Geschäfte auf die Erben u. a. m. Controversen unter den römischen Juristen bestanden[58]): eine natürliche Folge des Umstands, daß die Entwickelung der ganzen, in alle Theile des Rechtsgebiets eingreifenden Lehre lediglich der Thätigkeit der Jurisprudenz anheimfiel. Wir haben auch gesehen, daß bezüglich der Rückziehung der conditiones iuris Ulpian von der herrschenden Meinung abwich, offenbar dem Princip der Nichtrückwirkung bei eigentlichen Bedingungen zu Liebe. Wären ähnliche Controversen bezüglich des letztern Princips überliefert, so könnten wir uns doch nicht entbrechen, nach einer von beiden Seiten hin uns zu entscheiden; ich glaube aber, wir sind hier in der günstigeren Lage, daß wir es blos zu unterlassen haben, von vorgefaßten resp. überlieferten Gesichtspunkten aus einen nicht vorhandenen Zwiespalt in die Quellen erst hineinzutragen.

Auf alle Fälle aber wird es an der Zeit sein, das Dogma von der rückwirkenden Kraft der erfüllten Suspensiv-Bedingung entweder überzeugend aus der Natur des Willens und aus dem Inhalt unsrer Quellen zu begründen, oder aber dasselbe, als in der Sache nicht begründet, als zur Erklärung unsrer Quellen weder nothwendig noch hinreichend, endlich als mit nicht wenigen Quellenstellen in geradem Widerspruch stehend, endlich aufzugeben.

---

58) Vgl. hierüber Girtanner die Stipulation (Kiel 1859) S. 368 ff.